

VU Research Portal

Case note: Hof van Justitie EU (Lecce (horizontale publiek-publieke samenwerking))

de Greef, R.J.M.H.; Theissen, F.H.K.

2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Greef, R. J. M. H., & Theissen, F. H. K., (2013). *Case note: Hof van Justitie EU (Lecce (horizontale publiek-publieke samenwerking))*, No. 48, Dec 19, 2012. (Gemeente-stem; Vol. 2013, No. 7388).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

een eerder afwijzend besluit een gelijkkluidend besluit wordt genomen, door het instellen van beroep tegen het tweede besluit niet kan worden bereikt dat de bestuursrechter laatstgenoemd besluit toetst als ware het gericht tegen een eerste afwijzing (r.o. 4.2 met verwijzing naar ABRvS 6 maart 2008, *LJN* BC7124, *JV* 2008/169, m.nt. B.K. Olivier. In dezelfde zin: ABRvS 18 april 2012, *LJN* BW3048; ABRvS 5 september 2001, Gst. 7172/2; AB 2002, 12 m.nt. A.T. Marseille; *JB* 2001/270; ABRvS 24 januari 2000, AB 2000/199, m.nt. J.L. Boxum en CBb 8 maart 2012, AB 2012/157, m.nt. R. Ortlep). De bestuursrechter toetst dan slechts of het bestuursorgaan bij het nemen van het tweede besluit terecht en op juiste wijze art. 4:6 Awb heeft toegepast (onder meer CRvB 17 januari 2001, *JB* 2001/75 en CRvB 30 juni 2006, AB 2006/370, m.nt. A.T. Marseille). De rechtspraak sluit op dit punt aan bij de ratio van art. 4:6 Awb. Voorkomen moet worden dat de rechter tweemaal oordeelt over dezelfde zaak (ne bis in idem-beginsel) en dat de beroepstermijn wordt omzeild die zorgt dat besluiten na een zekere termijn rechtens onaanvaardbaar worden. Zie wat betreft dit laatste: R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer 2010 (6de druk), par. 7.5.3, nr. 40; tevens ABRvS 4 april 2003, *LJN* AF7223, *JB* 2003/139, m.nt. E.C.H.J. van der Linden; AB 2003/315, m.nt. B.P. Vermeulen; ABRvS 14 september 2005, *JB* 2005/300, m.nt. E.C.H.J. van der Linden en ABRvS 24 januari 2007, *LJN* AZ6875, *JB* 2007/42 m.nt. G. Overkleef-Verburg).

8. In de hier besproken uitspraak komt verder niet aan de orde of ook *nieuwe rechtspraak* valt onder 'nova' in de zin van art. 4:6 Awb. Dat is in beginsel niet het geval (zie onder meer ABRvS 24 maart 2004, Gst. 7212/131 m.nt. J. de Vries). Met betrekking tot *nieuwe Europese rechtspraak* is het *Kühne & Heitz*-arrest richtinggevend (HvJ EG 13 januari 2004, *NJ* 2004/125, m.nt. Mok; *JB* 2004/42, m.nt. N. Verheij; AB 2004/58, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven). Bespreking van dit arrest en zijn gevolgen in: *JB Select* 2009, nr. 11; *AB Klasiek* 2009, nr. 37 en het handboek van R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer 2010 (6de druk), par. 7.5.3, nr. 41. Voor de Europese dimensie zie verder de volgende literatuur: E.M. Vermeulen, 'Het gemeenschapsrecht en de formele rechtskracht van Awb-besluiten', <*JBplus*> 2002, p. 38-48 en J.H. Jans en A.T. Marseille, 'Bevoegdheid blijft bevoegdheid? Terugkomen op met gemeenschapsrecht strijdige besluiten', *SEW* 2007, p. 329 e.v.

9. In het kader van deze noot is het niet mogelijk om alle facetten van art. 4:6 Awb te belichten. Zie voor een uitvoeriger bespreking van deze wetsbepaling: J. de Vries, 'Art. 4:6 Awb: enkele beschouwingen over de jurisprudentie van de bestuursrechters', Gst. 2002, afl. 7172, p. 521 e.v.; H.E. Bröring en A.T. Marseille, 'De ongekende vrijheden en beperkingen van art. 4:6 Awb', <*JBplus*> 2002, p. 54 e.v.; A.T. Marseille, 'Verzoeken om heroverweging van rechtens onaanvaardbaar geworden besluiten in Nederland en Duitsland', <*JBplus*> 2006, p. 162 e.v. en ten slotte *JB Select* 2009, nr. 11 (met vele verwijzingen naar relevante jurisprudentie).

Hof van Justitie van de Europese Unie (Grote kamer) 19 december 2012, nr. C-159/11

(Mrs. V. Skouris, K. Lenaerts, A. Tizzano, M. Ilešič, L. Bay Larsen, J. Malenovský, U. Lohmeyer, J.-C. Bonichot, A. Arabadzjev, C. Toader, J.-J. Kasel, M. Safjan en D. Šváby) m.nt. R.J.M.H. de Greef en F.H.K. Theissen¹

(art. 1 AAR; art. 1 Bao)

NJ 2013/255

RvdW 2013/300

LJN BY7799

(Horizontale) Publiek-publieke samenwerking. *Hamburg-criteria*. Echte samenwerking.

Op de vraag moet dus worden geantwoord dat het Unierecht inzake overheidsopdrachten in de weg staat aan een nationale regeling op basis waarvan zonder oproep tot inschrijving een overeenkomst kan worden gesloten waarbij openbare lichamen onderling een samenwerking tot stand brengen wanneer [...] een dergelijke overeenkomst niet ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op deze lichamen gezamenlijk rust, de overeenkomst niet uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang, of de overeenkomst een particuliere dienstverrichter kan bevoordelen tegenover zijn concurrenten.

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (Italië) bij beslissing van 9 november 2010, ingekomen bij het Hof op 1 april 2011, in de procedure Azienda Sanitaria Locale di Lecce en Università del Salento tegen

Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.

Wijst HET HOF (Grote kamer), [...] het navolgende Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 2, sub a en d, artikel 2, artikel 28 en bijlage II A, categorieën 8 en 12, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PB* L 134, blz. 114), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1422/2007 van de Commissie van 4 december 2007 (*PB* L 317, blz. 34, hierna: 'richtlijn 2004/18').

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Azienda Sanitaria Locale di Lecce (lokale gezondheidsdienst te Lecce; hierna: 'ASL') en de Università

¹ Mr. R.J.M.H. de Greef en mr. F.H.K. Theissen zijn beiden partner en adviseur bij KokxDeVoogd en zijn daarnaast als docent/onderzoeker staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit respectievelijk als promovendus aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden verbonden.

del Salento (universiteit van Salento, hierna: 'universiteit') enerzijds, en de Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce (orde van ingenieurs van de provincie Lecce) e.a. anderzijds, over een adviesverleningsovereenkomst tussen de ASL en de universiteit (hierna: 'adviesverleningsovereenkomst') voor het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van de ziekenhuisvoorzieningen van de provincie Lecce.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3. Punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18 bepaalt:

"Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het [EG-] [v]erdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. [...]"

4. Artikel 1 van deze richtlijn bepaalt:

"[...] 2. a) 'Overheidsopdrachten' zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn. [...] d) 'Overheidsopdrachten voor diensten' zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten. [...] 8. De termen 'aannemer', 'leverancier' of 'dienstverlener' omvatten elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of elke combinatie van deze personen en/of lichamen die respectievelijk de uitvoering van werken en/of werkzaamheden[, [...] producten of diensten op de markt aanbiedt. De term 'ondernemer' dekt zowel de termen 'aannemer', 'leverancier' als 'dienstverlener'. De term 'ondernemer' wordt louter ter vereenvoudiging van de tekst gebruikt. [...] 9. Als 'aangebestede diensten' worden aangemerkt de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen. [...]"

5. Volgens artikel 2 van deze richtlijn '[behandelen] [a]anbestedende diensten [...] ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten [zij] transparantie in hun handelen'.

6. Krachtens artikel 7, sub b, van richtlijn 2004/18 is deze richtlijn met name van toepassing op de opdrachten voor diensten, geplaatst door andere aanbestedende diensten dan de in bijlage IV van deze richtlijn opgenomen centrale overheidsinstanties, voor zover het opdrachten betreft die niet op grond van de in dit artikel bedoelde uitzondering zijn uitgesloten en waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (hierna: 'btw') gelijk is aan of groter dan 206 000 EUR.

7. Volgens artikel 9, leden 1 en 2, van deze richtlijn, moet de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht gebaseerd zijn op het totale bedrag, exclusief btw, zoals geraamd door de aanbestedende dienst op het tijdstip van verzending van de aankondiging van de opdracht, of, in voorkomend geval, op het tijdstip waarop de procedure voor de gunning van de opdracht wordt ingeleid.

8. Artikel 20 van richtlijn 2004/18 bepaalt dat de opdrachten voor het verrichten van de in bijlage II A van deze richtlijn vermelde diensten overeenkomstig de artikelen 23 tot en met 55 ervan worden geplaatst. Van deze artikelen bepaalt artikel 28 dat '[de aanbestedende diensten] [b]ij het plaatsen van hun overheidsopdrachten [...] gebruik[maken] van de nationale procedures die voor de toepassing van deze richtlijn zijn aangepast'.

9. Bijlage II A bij richtlijn 2004/18 bevat onder meer de volgende categorieën diensten: – categorie 8, voor onderzoeks- en ontwikkelingswerk, met uitzondering van onderzoeks- en ontwikkelingswerk anders dan dat waarvan de resultaten in hun geheel toebehoren aan de aanbestedende dienst voor gebruik ervan in de uitoefening van zijn eigen werkzaamheden, voor zover de dienstverlening volledig door de aanbestedende dienst wordt beloond; – categorie 12, voor diensten van architecten; diensten van ingenieurs en geïntegreerde diensten van ingenieurs bij kant-en-klaar opgeleverde projecten; diensten in verband met stedenbouw en landschapsarchitectuur; diensten in verband met aanverwante wetenschappelijke en technische adviezen en diensten voor keuring en controle.

Italiaans recht

[...]

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

12. Bij besluit van 7 oktober 2009 heeft de directeur-generaal van de ASL het bestek goedgekeurd voor de uitvoering door de universiteit van een opdracht voor onderzoek en beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van de ziekenhuisvoorzieningen van de provincie Lecce, te verrichten tegen de achtergrond van recente nationale bepalingen op het gebied van de veiligheid van constructies, in het bijzonder 'strategische' gebouwen (hierna respectievelijk: 'bestek' en 'onderzoeksopdracht').

13. Volgens het bestek bestaat deze onderzoeksopdracht voor elk betrokken gebouw uit de volgende drie delen:

- bepaling van het type constructie, de gebruikte bouwmaterialen en de gehanteerde berekeningsmethoden; beknopt onderzoek van de feitelijke toestand ten opzichte van de beschikbaar gestelde projectdocumentatie;
- onderzoek van de stevigheid van de constructie, beknopte beoordeling van de globale bestendigheid van het gebouw tegen aardbevingen, eventuele plaatselijke analyses van bouwkundige elementen of subsystemen die van belang zijn voor de bepaling van de globale bestendigheid tegen aardbevingen; en
- uitwerken van de resultaten van het tweede deel en opstellen van technische werkbladen ten behoeve van bouwkundige beoordelingen; in het bijzonder: opstellen van rapporten over het geconstateerde type gebouw, de gebruikte materialen en de staat van onderhoud van de constructie, met bijzondere nadruk op de aspecten die een grote invloed hebben op de bouwkundige kwetsbaarheid bij aardbevingen in het gebied waar de constructie is gelegen; uitwerken van technische werkbladen met de classificatie van de aardbevingsgevoeligheid van de ziekenhuizen; opstellen van technische rapporten over de bouwkundige elementen of subsystemen met een hogere mate van kwetsbaarheid in geval van aardbevingen; formuleren van voorlopige suggesties en beknopte beschrijving van de aanpassings- of verbeteringswerkzaamheden met het oog op een betere aardbevingsbestendigheid, met bijzondere nadruk op de voordelen en de beperkingen uit technisch en economisch oogpunt van de diverse in aanmerking komende procedés.

14. De met de onderzoeksopdracht samenhangende adviesverleningsovereenkomst van 22 oktober 2009 bepaalt met name het volgende:

- de maximale duur van deze overeenkomst wordt vastgesteld op 16 maanden;
- de onderzoeksopdracht wordt gegeven aan de groep constructietechniek, die zich kan laten bijstaan door hooggekwalificeerd extern personeel;
- deze opdracht wordt uitgevoerd in nauwe samenwerking tussen de door de ASL en de universiteit opgerichte werkgroepen om de doelstellingen die het derde deel van deze opdracht vormen te bereiken;
- de wetenschappelijke verantwoordelijkheid wordt opgenomen door twee personen die respectievelijk door de ene en door de andere partij worden aangewezen;
- de ASL is eigenaar van alle uit het onderzoek voortkomende resultaten, maar verbindt zich ertoe de universiteit te vermelden in elke publicatie in technische of wetenschappelijke context; de universiteit mag deze resultaten gebruiken voor publicaties of wetenschappelijke mededelingen met toestemming van de ASL, en voor alle prestaties betaalt de ASL de universiteit een bedrag van 200 000 EUR exclusief btw, te betalen in vier delen; in geval van voortijdige ontbinding van de

overeenkomst heeft de universiteit evenwel recht op een bedrag afhankelijk van de omvang van het uitgevoerde werk, dat overeenstemt met de gemaakte kosten en de uitgaven voor de juridische verbintenissen die werden aangegaan voor de uitvoering van de onderzoeksopdracht.

15. Uit het aan het Hof voorgelegde dossier blijkt dat dit bedrag van 200 000 EUR de volgende elementen omvat:

- aankoop en gebruik van technische instrumenten: 20 000 EUR;
- kosten voor dienstreizen van het personeel: 10 000 EUR;
- personeelskosten: 144 000 EUR;
- algemene kosten: 26 000 EUR.

16. Voorts blijkt dat de personeelskosten van 143 999,58 EUR, afgerond op 144 000 EUR, de volgende uitgaven omvatten:

- activeren van drie onderzoeksbeurzen van een duur van een jaar: 57 037,98 EUR;
- kosten voor een docent voor 180 uur in 2009 (uurtarief van 45,81 EUR) en voor 641 uur in 2010 (uurtarief van 48,93 EUR): 39 609,93 EUR;
- kosten voor een senior onderzoeker voor 170 uur in 2009 (uurtarief van 25,91 EUR) en voor 573 uur in 2010 (uurtarief van 32,23 EUR): 22 936,95 EUR;
- kosten voor een junior onderzoeker voor 170 uur in 2009 (uurtarief van 20,50 EUR) en voor 584 uur in 2010 (uurtarief van 26,48 EUR): 18 949,32 EUR;
- kosten voor een laborant voor 70 uur in 2009 (uurtarief van 20,48 EUR) en voor 190 uur in 2010 (uurtarief van 21,22 EUR): 5 465,40 EUR.

17. Verschillende beroepsordes en -verenigingen en ondernemingen hebben verschillende beroepen tegen het besluit tot goedkeuring van het bestek en tegen alle voorbereidende, ermee verbonden of daaropvolgende handelingen ingesteld bij het Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (regionale administratieve rechtbank voor Puglia), waarbij met name de schending van de nationale en Unierechtelijke regelingen inzake overheidsopdrachten werd aangevoerd. Met zijn uitspraak heeft deze rechter deze beroepen toegewezen, op grond dat de onderzoeksopdracht een opdracht voor diensten van ingenieurs in de zin van de Italiaanse wetgeving vormde.

18. Bij de beroepen die zij tegen deze uitspraak hebben ingesteld, voeren de ASL en de universiteit in wezen aan dat de adviesverleningsovereenkomst overeenkomstig het Italiaanse recht een samenwerkingsovereenkomst vormt tussen overheden voor activiteiten van algemeen belang. De deelname onder bezwarende titel – maar tegen een tot de gemaakte kosten beperkte vergoeding – van de universiteit aan een dergelijke overeenkomst past in haar institutionele activiteiten. Daarnaast wordt aangevoerd dat onderzoeksinstellingen zijn belast met de onderzoeksopdracht en dat de onderzoeksopdracht betrekking heeft op onderzoek dat moet worden verricht door middel van proeven en analyses die moeten worden uitgevoerd zonder standaardmethode en genormaliseerde of in de wetenschappelijke literatuur vastgelegde procedure. De rechtmatigheid van dergelijke

samenwerkingsovereenkomsten tussen overheden uit het oogpunt van het Unierecht vloeit voort uit de rechtspraak van het Hof.

19. De verwijzende rechter zet uiteen dat de overeenkomsten tussen overheden van artikel 15 van wet nr. 241 van 7 augustus 1990 beogen het optreden van diverse administratieve instanties, die elk een specifiek algemeen belang nastreven, te coördineren, en een vorm van samenwerking zijn op grond waarvan de overheidsdiensten efficiënter en economischer kunnen worden beheerd. Een dergelijke overeenkomst kan worden gesloten wanneer een overheidsdienst een andere overheidsdienst onder bezwarende titel de opdracht wil geven om een dienst te verrichten en deze dienst overeenkomstig de institutionele doelstellingen van de lichamen die partij zijn bij de overeenkomst, behoort tot de opdrachten van de overheid.

20. De Consiglio di Stato vraagt zich evenwel af of het sluiten van een overeenkomst tussen overheden niet strijdig is met het beginsel van vrije mededinging wanneer één van de betrokken overheden als een ondernemer kan worden beschouwd, aangezien elk openbaar lichaam dat diensten op de markt aanbiedt als zodanig wordt aangemerkt, ongeacht of het hoofdzakelijk winst nastreeft, als een onderneming is georganiseerd of op een regelmatige basis op de markt aanwezig is. De verwijzende rechter verwijst in dit verband naar het arrest van 23 december 2009, CoNISMa (C-305/08, *Jurispr.* blz. I-12129). Aangezien de universiteit kan deelnemen aan een aanbesteding, vallen de overeenkomsten die aanbestedende diensten met haar sluiten uit dit oogpunt binnen de werkingssfeer van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten, wanneer zij zoals in het hoofdgeding betrekking hebben op onderzoeksprestaties die niet onverenigbaar lijken met de in de categorieën 8 en 12 van bijlage II A van richtlijn 2004/18 vermelde diensten.

21. Daarop heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag: “Staat [richtlijn 2004/18], in het bijzonder artikel 1, lid 2, sub a en d, artikel 2, artikel 28 en bijlage II [A], categorieën 8 en 12, in de weg aan een nationale regeling op basis waarvan schriftelijke overeenkomsten tussen twee aanbestedende diensten kunnen worden gesloten voor het onderzoek en de beoordeling van de aardbevingsgevoeligheid van ziekenhuisvoorzieningen, te verrichten tegen de achtergrond van de nationale bepalingen inzake de veiligheid van bouwwerken, in het bijzonder strategische gebouwen, tegen een vergoeding die niet hoger is dan de kosten van de uitvoering van de prestatie, terwijl de uitvoerende overheidsdienst de hoedanigheid van ondernemer kan hebben?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

22. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een nationale regeling op basis waarvan zonder oproep tot inschrijving een overeenkomst kan worden gesloten waarbij twee openbare li-

chamen onderling een samenwerking als aan de orde in het hoofdgeding tot stand brengen.

23. Vooraf zij erop gewezen dat de toepassing van richtlijn 2004/18 op een overheidsopdracht afhankelijk is van de voorwaarde dat de geraamde waarde ervan de in artikel 7, sub b, van deze richtlijn vastgestelde drempel bereikt, rekening houdend met de normale marktwaarde van de werken, de leveringen of de diensten waarop deze overheidsopdracht betrekking heeft. Is dit niet het geval, dan zijn de fundamentele regels en de algemene beginselen van het VWEU, inzonderheid het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsook de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting van toepassing, voor zover de betrokken opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, met name gelet op het belang en de plaats van uitvoering ervan (zie in die zin met name arrest van 15 mei 2008, SECAP en Santorso, C-147/06 en C-148/06, *Jurispr.* blz. I-3565, punten 20, 21 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24. De omstandigheid dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst in voorkomend geval kan vallen onder hetzij richtlijn 2004/18, hetzij de fundamentele regels en de algemene beginselen van het VWEU, heeft evenwel geen invloed op de beantwoording van de vraag. De in de rechtspraak van het Hof geformuleerde criteria om te beoordelen of een oproep tot inschrijving al dan niet verplicht is, zijn immers zowel relevant voor de uitlegging van deze richtlijn als voor de uitlegging van de regels en beginselen van het VWEU (zie in die zin arrest van 10 september 2009, Sea, C-573/07, *Jurispr.* blz. I-8127, punten 35-37).

25. Voorts dient te worden opgemerkt dat overeenkomstig artikel 1, lid 2, van richtlijn 2004/18, een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een ondernemer en een aanbestedende dienst is gesloten en betrekking heeft op de verrichting van in bijlage II A van deze richtlijn bedoelde diensten, een overheidsopdracht is.

26. Ten eerste is het dienaangaande niet van belang dat deze ondernemer zelf een aanbestedende dienst is (zie in die zin arrest van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, *Jurispr.* blz. I-8121, punt 51). Het doet bovendien niet ter zake dat het betrokken lichaam niet hoofdzakelijk winst nastreeft, niet als een onderneming is georganiseerd of niet op een regelmatige basis op de markt aanwezig is (zie in die zin arrest CoNISMa, reeds aangehaald, punten 30 en 45).

27. Zo heeft het Hof met betrekking tot lichamen zoals openbare universitaire instellingen geoordeeld dat dergelijke lichamen in beginsel de mogelijkheid hebben om deel te nemen aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voor diensten. De lidstaten kunnen evenwel de activiteiten van deze lichamen reglementeren en met name hun het recht verlenen of weigeren om op de markt actief te zijn, rekening houdend met hun institutionele en statutaire doelstellingen. Wanneer en voor zover deze lichamen gerechtigd zijn om bepaalde diensten op de markt aan te bieden, kan hun niet worden verboden om deel te nemen aan een aanbesteding die betrekking heeft op de betrokken diensten (zie in die zin arrest CoNISMa, reeds aangehaald, punten 45, 48, 49 en 51). In casu heeft de verwij-

zende rechter aangegeven dat artikel 66, eerste alinea, van het decreet van de president van de Republiek nr. 382 van 11 juli 1980 de openbare universiteiten uitdrukkelijk het recht verleent onderzoeks- en adviesverleningsprestaties te verrichten voor openbare of particuliere lichamen voor zover deze activiteit hun onderwijsstaak niet schaadt.

28. Ten tweede behoren activiteiten als deze waarop de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst betrekking heeft, niettegenstaande het door de verwijzende rechter vermelde feit dat zij onder het wetenschappelijk onderzoek kunnen vallen, volgens de daadwerkelijke aard van deze activiteiten hetzij tot het onderzoeks- en ontwikkelingswerk van bijlage II A, categorie 8, van richtlijn 2004/18, hetzij tot de diensten van ingenieurs en de diensten in verband met aanverwante wetenschappelijke en technische adviezen van categorie 12 van deze bijlage.

29. Ten derde kan een overeenkomst, zoals de advocaat-generaal in de punten 32 tot en met 34 van haar conclusie heeft uiteengezet en zoals blijkt uit de normale en gebruikelijke betekenis van de woorden 'onder bezwarende titel', niet buiten het begrip overheidsopdracht vallen op de enkele grond dat de vergoeding ervan beperkt blijft tot de terugbetaling van de kosten die zijn gemaakt om de overeengekomen dienst te verrichten.

30. Onder voorbehoud van het door de verwijzende rechter te verrichten onderzoek, blijkt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst alle in de punten 26 tot en met 29 van het onderhavige arrest vermelde kenmerken te vertonen.

31. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt evenwel dat twee types door openbare lichamen gesloten overeenkomsten niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht inzake overheidsopdrachten vallen.

32. In de eerste plaats betreft het de overeenkomsten gesloten tussen een openbaar lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is, wanneer dit lichaam op deze persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen (zie in die zin arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 50).

33. Vaststaat evenwel dat deze uitzondering niet van toepassing is in een context als deze van het hoofdgeding, aangezien uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de ASL geen toezicht uitoefent op de universiteit.

34. In de tweede plaats betreft het de overeenkomsten die een samenwerking tussen openbare lichamen tot stand brengen, die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust (zie in die zin arrest van 9 juni 2009, Commissie/Duitsland, C-480/06, *Jurispr.* blz. I-4747, punt 37).

35. In bedoeld geval zijn de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten niet van toepassing voor zover bovendien dergelijke overeenkomsten uitsluitend door openbare lichamen zijn gesloten, zonder enige particuliere inbreng, geen enkele particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten en de samenwerking die deze overeenkomsten tot stand brengen uitsluitend

wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang (zie in die zin arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punten 44 en 47).

36. Hoewel een overeenkomst als aan de orde in het hoofdgeding lijkt te voldoen aan bepaalde van de in de vorige twee punten van het onderhavige arrest vermelde criteria, zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, kan een dergelijke overeenkomst evenwel enkel buiten de werkingssfeer van het Unierecht inzake overheidsopdrachten vallen indien de overeenkomst aan al deze criteria voldoet.

37. Dienaangaande lijkt uit de in de verwijzingsbeslissing opgenomen vermeldingen voort te vloeien dat, ten eerste, deze overeenkomst allerlei materiële aspecten bevat, waarvan een aanzienlijk of zelfs overheersend deel overeenstemt met activiteiten die over het algemeen door ingenieurs of architecten worden verricht en die hoewel zij op een wetenschappelijke basis zijn gesteund, toch niet op een lijn zijn te plaatsen met wetenschappelijk onderzoek. Anders dan het Hof in punt 37 van het reeds aangehaalde arrest Commissie/Duitsland heeft kunnen vaststellen, lijkt de taak van algemeen belang waarop de door deze overeenkomst tot stand gebrachte samenwerking tussen openbare lichamen betrekking heeft, dus niet de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die rust op de ASL en de universiteit gezamenlijk.

38. Ten tweede zou de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst particuliere ondernemingen kunnen bevoordelen indien het hooggekwalificeerde externe personeel waardoor de universiteit zich op grond van deze overeenkomst kan laten bijstaan om bepaalde prestaties uit te voeren, particuliere dienstverrichters omvat.

39. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om alle relevante aspecten terzake te onderzoeken.

40. Op de vraag moet dus worden geantwoord dat het Unierecht inzake overheidsopdrachten in de weg staat aan een nationale regeling op basis waarvan zonder oproep tot inschrijving een overeenkomst kan worden gesloten waarbij openbare lichamen onderling een samenwerking tot stand brengen wanneer – hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan – een dergelijke overeenkomst niet ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op deze lichamen gezamenlijk rust, de overeenkomst niet uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang, of de overeenkomst een particuliere dienstverrichter kan bevoordelen tegenover zijn concurrenten.

Kosten

41. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

Het Unierecht inzake overheidsopdrachten staat in de weg aan een nationale regeling op basis waarvan zonder oproep tot inschrijving een overeenkomst kan worden gesloten waarbij openbare lichamen onderling een samenwerking tot stand brengen wanneer – hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan – een dergelijke overeenkomst niet ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op deze lichamen gezamenlijk rust, de overeenkomst niet uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang, of de overeenkomst een particuliere dienstverrichter kan bevoordelen tegenover zijn concurrenten.

Naschrift

1. Overheidslichamen, zoals gemeenten, provincies en waterschappen, zijn zogenoemde aanbestedende diensten (zie art. 1 lid 9 AAR en art. 1.1 Aanbestedingswet 2012). Dat betekent dat zij bij uitbesteding van taken in beginsel aanbestedingsplichtig zijn, mits de opdracht boven de drempelbedragen uitkomt. Hetzelfde geldt in beginsel bij het verlenen van concessies. Dit uitgangspunt geldt ook wanneer twee of meer overheidslichamen gaan samenwerken via de zogenoemde *publiek-publieke* samenwerking (zie HvJ EG 18 november 1999, nr. C-107/98, *Ondernemingsrecht* 2000/38, m.nt. M.R. Mok, r.o. 51 (Teckal); HvJ EG 13 januari 2005, nr. C-84/03, r.o. 38-40 (*Commissie/Spanje*) en r.o. 62 (*Jean Auroux*)), en geldt ook wanneer de samenwerking wettelijk verplicht is (*Jean Auroux*, r.o. 68). De eenzijdige bestuursrechtelijke grondslag (zoals bij attributie of delegatie), voor een taakopdracht vormt geen principiële uitzondering op het beginsel dat bij opdrachtverlening door een overheid aan een andere getoetst moet worden aan de voorwaarden voor een overheidsopdracht. Van een overeenkomst is alleen geen sprake wanneer het samenwerkingsverband op basis van een wettelijke verplichting (al dan niet op grond van attributie) geen enkele vrijheid zou hebben om een door de overheidslichamen verstrekte opdracht al dan niet uit te voeren of om het op zijn diensten toe te passen tarief te bepalen (HvJ EG 19 april 2007, nr. C-295/05, *NJ* 2007/417, m.nt. M.R. Mok, r.o. 52 (*Asemfo/Tragsa*)). De publiek-publieke samenwerking kan op twee manieren worden vormgegeven, zowel horizontaal (zonder aparte rechtspersoon) als verticaal (met een aparte rechtspersoon, het zogenoemde inbesteden, zie hierover uitgebreider ons naschrift in *Gst.* 2013/41 en de daar aangehaalde literatuur en jurisprudentie). In het onderhavige arrest gaat het om horizontale samenwerking.

2. Het Hof van Justitie hanteert als uitgangspunt dat een overheidslichaam zijn taken van algemeen belang kan vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen, zonder dat een beroep hoeft te worden gedaan op externe lichamen die niet tot zijn diensten behoren (HvJ EG 11 januari 2005, nr. C-26/03, *NJ* 2005/388, m.nt. M.R. Mok, r.o. 48 (*Stadt Halle*) en HvJ EG 13 november 2008, nr.

C-324/07, r.o. 48 (*Coditel*)). Volgens het Hof kan van de mogelijkheid om de eigen middelen te gebruiken ook in samenwerking met andere overheidslichamen gebruik worden gemaakt (HvJ EG 19 april 2007, nr. C-295/05, *NJ* 2007/417, m.nt. M.R. Mok, r.o. 65 (*Asemfo/Tragsa*) en r.o. 49 (*Coditel*)). Dat kan via een aparte rechtspersoon, de zogenoemde verticale publiek-publieke samenwerking of meervoudige inbesteding, maar het kan ook via een samenwerkingsovereenkomst tussen de overheidslichamen. Het gemeenschapsrecht schrijft immers niet voor in welke vorm de samenwerking moet worden gegoten (HvJ EG 9 juni 2009, nr. C-480/06, r.o. 47 (*Stadtreinigung Hamburg*)).

3. Dat wil echter niet zeggen dat iedere overeenkomst tussen overheidslichamen automatisch is uitgesloten van de werking van het aanbestedingsrecht. Er mag geen afbreuk worden gedaan aan de voornaamste doelstelling van de aanbestedingsregels, te weten het vrij verkeer van diensten en de totstandkoming van een onvervalste mededinging (*Stadtreinigung Hamburg*, r.o. 47). De Afdeling bestuursrechtspraak kwam in 1996 al tot een vergelijkbaar criterium (ABRvS 28 oktober 1996, *Gst.* 7049/3, m.nt. E. Brederveld; *AB* 1997/17, m.nt. F.C.M.A. Michiels (*Van Gansewinkel*)). De Afdeling hanteert daarbij als uitgangspunt dat het gaat om een publiekrechtelijke taak (inzamelen van huisvuil) die de gemeente zelf kan uitoefenen of in samenwerking met andere gemeenten. De gekozen vorm van de gemeenschappelijke regeling (in casu een centrumregeling ex art. 8 lid 3 WGR) benadrukt dit nog eens, aldus de Afdeling. De Afdeling lijkt het niet van toepassing zijn van de aanbestedingsregels echter te koppelen aan de rechtsvorm (het publiekrechtelijk karakter) van de gemeenschappelijke regeling, iets dat niet past in de lijn van het Hof van Justitie. Het Hof hanteert geen formele criteria, maar louter materiele criteria. Het betreft daarbij cumulatieve criteria (r.o. 36). In *Stadtreinigung Hamburg* komt het Hof dan ook tot de conclusie dat het ontbreken van een aparte rechtspersoon niet afdoet aan het legitiem beroep op een aanbestedingsrechtelijke uitzondering. Feitelijk werd daarmee voor het eerst de horizontale samenwerking als aanbestedingsrechtelijke uitzondering expliciet aanvaard.

4. Het eerste criterium is dat de overeenkomst een samenwerking tot stand brengt tussen de overheidslichamen die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang (*Stadtreinigung Hamburg*, r.o. 37). De samenwerking moet dus zien op de overheidstaak en mag niet zien op taken die ook particuliere lichamen kennen. Er wordt daarbij aansluiting gezocht bij de diensten van algemeen belang zoals die in het gemeenschapsrecht worden erkend. De samenwerkingsovereenkomst mag ook uitsluitend getroffen worden in het kader van het nastreven van de doelstellingen van de dienst van algemeen belang. Samenwerking op bijvoorbeeld bedrijfsvoeringstaken lijkt dus niet onder deze uitzondering te kunnen vallen, nu dat geen taak van openbaar belang is, maar een functie die inherent is aan iedere organisatie.

5. Het tweede criterium is dat de taak van algemeen belang die gezamenlijk wordt uitgeoefend op alle betrokken overheidslichamen berust (*Stadtreinigung Hamburg*, r.o. 37).

Anders gezegd: alle betrokken partijen moeten de taak hebben waarop wordt samengewerkt. Het is niet afdoende wanneer deze slechts op één of enkele betrokken lichamen rust (r.o. 37, zie voorts de concl. A-G Trstenjak, r.o. 77-81). Een traditionele intergemeentelijke centrumregeling lijkt hier toe te behoren, maar het sluiten van een 'Hamburg-overeenkomst' tussen bijvoorbeeld een gemeente en een gemeenschappelijk openbaar lichaam (waaraan de gemeente niet deelneemt) behoort slechts tot de mogelijkheden indien het openbaar lichaam op grond van de gemeenschappelijke regeling taken van openbaar belang uitvoert (delegatie) en de niet-deelnemende gemeente met het openbaar lichaam op die taken wil samenwerken. Is dit niet het geval (bijv. wanneer de deelnemers slechts mandateren, zoals bij een regionale uitvoeringsdienst) dan resteert de mogelijkheid van de verticale publiek-publieke samenwerking (de inbesteding) doordat het betreffende gemeentebestuur toetreedt tot het gemeenschappelijk openbaar lichaam. Bij samenwerking tussen gemeentebesturen middels een door hen beheerde besloten vennootschap, naamloze vennootschap, stichting, vereniging of coöperatie, geldt dat de verticale samenwerking kan worden toegepast. Delegatie van openbaarbelangtaken aan een privaatrechtelijke rechtspersoon kent in beginsel geen wettelijke grondslag, waardoor een dergelijke overdracht is uitgesloten (art. 10:15 Awb). Daarom is het onwaarschijnlijk dat een dergelijke vennootschap en een niet-deelnemende gemeente zich erop kunnen beroepen dezelfde taken van openbaar belang uit te voeren en zich aldus op horizontale samenwerking te kunnen beroepen. Ook hier resteert de mogelijkheid om de *Teckal*-criteria van de verticale publiek-publieke samenwerking (de inbesteding) in plaats van de *Hamburg*-criteria toe te passen doordat de niet-deelnemende gemeente participeert in het bestuurlijk arrangement van de betreffende privaatrechtelijke rechtspersoon. Ten onrechte gooit de Rechtbank Leeuwarden dan ook beide uitzonderingen op één hoop en komt tot conclusie dat bij samenwerking tussen decentrale overheden überhaupt geen sprake is van een overheidsopdracht (zie Rb. Leeuwarden 27 januari 2010, *LJN* BL0852 (*Sita*)).

6. Er moet ook sprake zijn van een 'echte samenwerking' (*Stadtreinigung Hamburg*, r.o. 40-42). Dat betekent concreet dat er over en weer verplichtingen moeten zijn en niet slechts dat één partij verplichtingen heeft waarvoor de andere partij betaalt (vgl. concl., r.o. 75-76). Dan is immers 'gewoon' sprake van uitbesteding. Echte samenwerking is in de betekenis die het Hof eraan toekent nimmer mogelijk met particulieren, nu zij in beginsel geen taken van algemeen belang behartigen. Particulieren mogen dan ook niet bevoordeeld worden met de samenwerkingsovereenkomst ten opzichte van hun concurrenten (*Stadtreinigung Hamburg*, r.o. 47).

7. Slotcriterium is dat de overeenkomst niet louter bedoeld mag zijn om de regels inzake overheidsopdrachten te omzeilen (*Stadtreinigung Hamburg*, r.o. 48). Volgens de advocaat-generaal is reeds sprake van concurrentievervalsing door het enkele feit dat de opdracht niet is aanbesteed, wanneer de taak ook had kunnen worden uitgevoerd door particuliere instanties (concl., r.o. 88). Het Hof gaat

daarop in de onderhavige zaak niet verder in. Dit uitgangspunt correspondeert met het uitgangspunt dat de Europese Commissie hanteert dat een horizontale publiek-publieke samenwerkingsovereenkomst 'geen activiteiten [mag] inhouden die op de open markt worden aangeboden' (zie het Werkdocument betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('publiek-publieke samenwerking') document SEC(2011)1169, § 3.3.3. Zie ook HvJ EG 15 oktober 2009, nr. C-275/08 (*Commissie/Duitsland*); zie *PbEU* 2009, C 297/13).

8. De *Hamburg*-criteria betekenen geenszins dat overheidsopdrachten aan aanbestedende diensten per definitie niet meer onder de aanbestedingsplicht vallen. De mogelijkheden van de horizontale publiek-publieke samenwerking moeten, zoals alle uitzonderingen op de aanbestedingsregels, strikt worden uitgelegd, zoals ook de onderhavige zaak laat zien. De *Hamburg*-criteria zijn echter nog lang niet zover uitgekristalliseerd als de *Teckal*-criteria van de verticale publiek-publieke samenwerking (meervoudige inbesteding). Het blijft voor de decentrale overheden voorlopig dus zoeken naar de precieze grenzen van deze nieuwe uitzondering op de aanbestedingsplicht. De importantie van deze *Hamburg*-uitzondering zal alleen maar verder toenemen na de codificatie in de nieuw voorgestelde Aanbestedingsrichtlijn (Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten van 20 december 2011, COM(2011)896, in het bijzonder art. 11 lid 4), nu het alleenrecht komt te vervallen in dat voorstel.

49

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
6 februari 2013, nr. 201008516/1/R1 en 201201618/1/R1
(Mrs. W.D.M. van Diepenbeek, E. Helder en G. van der Wiel)

LJN BZ0796

(art. 2:4 Awb; art. 28 Gemw)

Vooringenomenheid. Deelnemen aan stemming/besluitvorming gemeenteraad. Belangenverstrengeling. Persoonlijk belang. Lidmaatschap politieke partij en vooringenomenheid. Politieke overwegingen bij besluitvorming. Bevoegdheid raad tegenover raadslid. Bijkomende omstandigheden. (Graft-De Rijk)

Uitspraak in het geding tussen:

1. [appellant sub 1], wonend te Oost-Graftdijk, gemeente Graft-De Rijk,
2. [appellant sub 2] en anderen, allen wonend te Oost-Graftdijk, gemeente Graft-De Rijk,
3. [appellant sub 3A], thans zijn rechtsopvolgers [appellant sub 3B] en anderen (hierna: [appellant sub 3] en anderen), allen wonend te Oost-Graftdijk, gemeente Graft-De Rijk,